

APUNTES SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO SOBRE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR EJERCICIO DE LA ACCION SOCIAL DE RESPONSABILIDAD POR LA SOCIEDAD

VALENTIN CORTÉS DOMINGUEZ*

SUMARIO: I. EL SISTEMA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS. BREVE REFERENCIA. II. LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA. III. EFICACIA PROBATORIA DE LOS ACUERDOS DE APROBACIÓN DE LA GESTIÓN SOCIAL, DE APROBACIÓN DE CUENTAS O DE RATIFICACIÓN O AUTORIZACIÓN DEL ACTO CAUSANTE DEL DAÑO, EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD.

I. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS. BREVE REFERENCIA

1.1. El régimen de la responsabilidad de los administradores de frente a la sociedad pasa por unas coordenadas que queremos exponer muy brevemente, y que se deducen fundamentalmente de lo dispuesto en los arts. 133 y 134 de la LSA.

Las coordenadas son las siguientes:

- a) El art. 133 LSA establece que los administradores responden frente a la sociedad (también frente a los accionistas y terceros) de los daños que causen a la sociedad por actos que sean contrarios a la Ley, a los Estatutos Sociales o se hayan realizado sin la diligencia con la que deben de desempeñar su cargo.

* Abogado. Catedrático de Derecho Procesal Universidad Autónoma de Madrid.

- b) Es evidente que la Ley no establece una *responsabilidad objetiva* (o lo que es lo mismo, responsabilidad sin culpa o negligencia), pues exige que el daño haya sido producido por *el acto del órgano de administración* (ilegal, antiestatutario o no diligente), requiriendo un nexo de unión directo e inmediato entre el acto y el daño. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo se ha mostrado inequívoca en este punto y ha mantenido a lo largo de los años la doctrina de la necesidad del nexo de unión entre el acto de administración o de gestión y el daño.

Cuando se habla de acto del órgano de administración, si éste es colegiado, se quiere decir que tiene que provenir formalmente del Consejo y, por tanto, adoptar la forma de acuerdo tomado en reunión del Consejo válidamente constituida de acuerdo con los Estatutos. Si no es así, no se podrá configurar al acto como del órgano de administración (Consejo) de la sociedad y de él no se derivará la responsabilidad personal de todos los Consejeros. En ese caso, la responsabilidad será no de los administradores, y sí de las personas, sean o no administradores, que llevaron a cabo el acto dañoso.

Puede ocurrir, obviamente, que el órgano de administración no sea colegiado; podemos pensar en un administrador único o en administradores solidarios. En esos casos parece innecesario decir que no es posible hablar de acuerdo del órgano de administración, debiéndose utilizar el término *acto*, que es el que recoge el art. 133 de la LSA, en su párrafo primero, aunque en el párrafo tercero se distingue de forma clara entre actos y acuerdos del órgano de administración, debiéndose entender que hay que hablar de acuerdo cuando el órgano es colegiado y de acto cuando el órgano es unipersonal o pluripersonal solidario. Nosotros, en nuestro trabajo, vamos a partir de un órgano de administración colegiado, pues es el supuesto que permite una mayor riqueza de casos a la hora de tratar la distribución de la carga de la prueba, cuyo estudio realizaremos en el apartado segundo de este trabajo.

- c) Es igualmente cierto que la Ley fija la responsabilidad personal de los administradores y no del Consejo, aún cuando el acto provenga del órgano de administración; la responsabilidad es de la persona y no del "colegio", pues de otra manera se estaría predicando la responsabilidad de la propia sociedad, dado que el Consejo es un órgano de la sociedad.

1.2. El sistema de responsabilidad, del que muy brevemente hemos señalado y definido sus coordenadas, no se entiende sin tener claros los conceptos

de *daño, ilegalidad, antiestatutariedad y diligencia de un ordenado comerciante*, pues tal como ha quedado reflejado al trasladar el art. 133 LSA, para que pueda exigirse responsabilidad a los componentes del órgano de administración de la sociedad es necesario que el acto del *órgano de administración*, que produce el *daño*, sea, o contrario a la Ley o a los Estatutos, o se haya llevado a cabo por los administradores actuando sin la diligencia con la que deben desempeñar su cargo.

Debemos, pues, detenernos en estos conceptos para, brevemente, explicarlos:

- a) Cuando la Ley habla de *daño* se está refiriendo a una concreta y determinada disminución del patrimonio de la sociedad o de uno de sus componentes, que se traduce necesariamente en una diferencia entre el valor actual del bien patrimonial, o del patrimonio en su conjunto, y el que tenía con anterioridad a la actuación de los administradores. Sin olvidar que, de acuerdo con el art. 1.106 del CC, no sólo se trata del valor de la pérdida, sino también de la ganancia que se haya podido dejar de producir por razón del acto de los administradores (*daño emergente, lucro cesante*).
- b) Cuando la norma habla de "Ley", no sólo se está refiriendo a la Ley de Sociedades Anónimas, sino al conjunto *del ordenamiento jurídico* con rango de Ley o, incluso, sin ese rango cuando se trata de sociedades que, dado su objeto, están sometidas a reglas administrativas o de organismos determinados (por ejemplo, las entidades financieras españolas están sometidas a las directrices del Banco de España, que evidentemente no tienen rango legal). Por tanto, Ley es cualquier norma del ordenamiento jurídico que deba aplicar en un momento dado de su vida una determinada sociedad; y acto contrario a la Ley es o implica la violación o infracción de cualquier norma del ordenamiento jurídico (incluida la norma penal) que una sociedad, a través de los administradores, deba cumplir o respetar en su actuación a lo largo de su vida.
- c) El término Estatutos hace referencia a los Estatutos de la sociedad que, lógicamente, han sido aprobados por la sociedad.
- d) Actos realizados sin "la diligencia con la que deben desempeñar su cargo", no tiene más sentido jurídico que el que se desprende de los dispuesto en el art. 127 LSA, en el que se establece que "los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un *ordenado empresario y de un representante leal*".

La doctrina está de acuerdo en sostener que la Ley le exige al administrador que actúe con la diligencia de un ordenado comerciante, por tanto tiene que *colaborar en* (si hay Consejo) o *realizar* (si es Administrador Unico, o Consejero Delegado o tiene delegados los poderes y facultades) una gestión social ordenada y prudente, que conlleva, bajo nuestro criterio, un cierto conocimiento (en el primer caso) o un más intenso saber (en el segundo caso) de los asuntos en los que se concreta el objeto social y la empresa que desarrolla la sociedad. En definitiva, ser un buen Administrador requiere tener los conocimientos necesarios mínimos para decidir en cada caso qué es lo que se debe hacer, sin que ello exija el éxito de la gestión, ni la profesionalización del administrador.

En los supuestos en los que coexistan un Consejo de Administración con uno o varios Consejeros Delegados o personas que tengan delegadas facultades ejecutivas, la diligencia exigible a aquellas personas que no tengan delegadas facultades ejecutivas será, evidentemente, distinta a la que deba observar el que tenga las facultades ejecutivas delegadas; e, incluso, puede decirse sin temor a equivocarse que cabe predicar de cada uno de los Consejeros no ejecutivos una distinta diligencia, no sólo en la graduación, sino también en el contenido, si es que realizan en el Consejo funciones no ejecutivas distintas. Más adelante tendré ocasión de puntualizar y concretar el principio que ahora expongo desde el punto de vista general.

Como el Administrador es igualmente órgano de representación de la sociedad, la Ley le exige que sea un *leal representante*, por tanto que lleve a cabo los actos emanados de la sociedad y que nunca anteponga los intereses propios a los de la sociedad, favoreciéndose a sí mismo y perjudicando a la sociedad.

1.3. Presuponiendo que se ha producido un daño a la sociedad por un acto llevado a cabo por el órgano de administración de la misma, las personas integrantes del órgano sólo salvan su responsabilidad si el acuerdo no es contrario a la Ley, no es contrario a los Estatutos Sociales o si el Consejo, en su conjunto, lo tomó con toda la diligencia que se puede exigir a un ordenado comerciante y leal representante de la sociedad, o si esa diligencia se puede predicar de aquellas personas. Por tanto, tal como establece la Ley en el art. 133, el Consejero que ha sido diligente no incurrirá en responsabilidad si lo demuestra, aunque el Consejo de Administración no haya actuado con tal diligencia.

1.4. La Ley (art. 133 LSA), pues, entiende *que el acto del que dimana la responsabilidad tiene que provenir del órgano de administración*; a no ser que la gestión y la administración societaria estén delegadas total o parcialmente en personas concretas, en cuyo caso son éstas la únicas responsables. Si el ór-

gano de administración es unipersonal, la responsabilidad del órgano se confunde con la de la persona que lo sirve o lo integra. Si, por el contrario, el órgano de administración es pluripersonal, o un Colegio, la Ley entiende que el acto causante del daño proviene de la acción de alguien a quien se había delegado la gestión y administración de la sociedad; es obvio, en principio, que la responsabilidad será de aquel y no del órgano de Administración.

En estos supuestos, parece innecesario decir que las personas que realmente no gestionan la sociedad, a pesar de ser miembros del Consejo de Administración, sólo podrán ser responsables de los actos lesivos del Consejo de Administración, cuando éstos realmente lo sean, es decir cuando los actos de administración provengan real y formalmente del Consejo de Administración y no de los Administradores que tienen delegadas las funciones ejecutivas o la gestión de la sociedad; así, pues, estos administradores seguirán siendo responsables de los actos dañosos en la realización de la gestión indelegable y, en todo caso, de la falta de control sobre la actuación de aquellos Consejeros que tienen delegada la gestión.

II. LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Interesa examinar cómo distribuye la Ley la *carga de la prueba* en relación a los hechos que positiva o negativamente determinan la responsabilidad o la eximen.

2.1. Si la sociedad tuviera que probar en un proceso judicial todos los hechos de los que directa o indirectamente se deduce la responsabilidad del administrador, es seguro que se encontraría en una situación muy difícil de poder ver satisfecho su derecho a la indemnización. Por eso la Ley hace una distribución de la carga de la prueba estableciendo qué hechos tiene que alegar cada parte; o lo que es lo mismo, la Ley determina qué hechos son suficientes para declarar la responsabilidad del administrador y cuáles otros son igualmente suficientes para, dados los anteriores, evitar esa declaración. Desde este punto de vista, parece obvio que la Ley establece, en el art. 133 LSA, lo que, en la técnica procesal, se llama *una norma, por supuesto, de distribución, pero sobre todo de exoneración de la carga de la prueba*.

Es importante señalar que las normas referidas a la carga de la prueba que contiene el art. 217 LEC se completan o se "rellenan", podríamos decir, en definitiva, adquieren todo su significado con normas como la del art. 133.2 de la LSA, que definen en cada momento qué se entiende por "hechos de los que ordinariamente se desprenda (...) el efecto jurídico correspondiente a las preten-

siones de la demanda", o qué se entiende por "hechos que (...) impidan, extingan o enerven (mejor sería decir excluyan) la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior", todo ello en la terminología que emplea el art. 217 LEC. Lo esencial, por tanto, es comprender que lo que se establece en el art. 133. 2 de la LSA es la especificación de la carga de la prueba en el supuesto de responsabilidad de los administradores (que es una de esas "normas jurídicas a ellos aplicables" a las que se refiere el art. 217.2 y 3 LEC). Igualmente es importante comprender que las normas que especifican o que concretan la carga de la prueba son normas sustanciales o materiales, que están contenidas en el Código Civil, el Código de Comercio o, como en nuestro caso, en la Ley de Sociedades Anónimas, o en cualquier otra Ley que pueda regular cualquiera otra relación o situación jurídica material.

Pues bien, la distribución de la carga de la prueba, que implica el art. 133 LSA como norma de exoneración, responde en sí misma al principio de que cada parte debe probar los hechos que, en el juego de normas y contranormas, de derechos y contraderechos, les sea más fácil (principio que se explicita en el art. 217.6 LEC). En tal sentido, por ejemplo, es más difícil para la sociedad probar (hecho negativo) que en un caso concreto *no* se actuó diligentemente por el demandado, que a éste probar que hizo todo lo necesario (acto positivo) para evitar el daño, pues eso le llevará a concretar los hechos de los que deriva la diligencia exigida, y es él quien está en mejor posición procesal para hacerlo, pues es quien los conoce. El art. 133.2 LSA distribuye la carga de la prueba teniendo en cuenta igualmente qué hechos de entre todos los que delimitan el supuesto de la responsabilidad son los que determinan el nacimiento válido del derecho a la indemnización y cuáles otros determinan que ese derecho se pueda exigir, o que ese derecho persista en el tiempo.

2.2. En definitiva, el art. 133, nº 2 LSA reparte la carga de la prueba, y lo hace de la siguiente manera:

El actor (la sociedad, en este caso) tiene la carga de probar:

a) La existencia del acuerdo tomado formalmente por el Consejo:

Obsérvese que con ello se quiere decir que se deberá aportar al proceso la prueba incontestable de la existencia del acuerdo: sin duda, habrá que aportar al proceso una certificación de los acuerdos tomados, o, incluso, se deberá aportar el libro de actas del Consejo.

b) La composición personal del Consejo al momento de la adopción del acuerdo. Con esto queremos decir que se ha de probar la identidad de las personas que componían el Consejo al momento de la adopción del

acuerdo lesivo, con independencia de los que asistiesen a la reunión del Consejo donde se tomó aquel acuerdo.

c) Que el acuerdo supuso la violación de una norma de la Ley (por ejemplo, se aprobaron operaciones financieras, falseando la contabilidad de la sociedad); o que era contrario a los Estatutos; o que se adoptó sin que el Consejo en su conjunto tuviera o mostrara la diligencia de un ordenado empresario (se tomaron, por ejemplo, acuerdos de financiación de terceras personas, sin tener los debidos informes sobre su capacidad de crédito, o siendo éstos contrarios o negativos) y de un representante leal (se tomaron acuerdos contrarios a un específico mandato de la Junta General de Accionistas).

d) Que el acuerdo causó daño a la sociedad, o, lo que es lo mismo, la pérdida del valor patrimonial de la sociedad o la pérdida de posibilidades de lucro en el futuro por causa directa del acuerdo.

El demandado tiene la carga de probar:

- a) Todo hecho *impeditivo* del derecho de la sociedad al resarcimiento de daños y perjuicios: por ejemplo, todos los hechos posibles que demuestren que el acto dañoso no proviene del Consejo: se falsearon las actas, no hubo convocatoria del Consejo, se trató de una reunión informal de algunos Consejeros a la que, posteriormente, se le quiso revestir de las formalidades o solemnidades legales, el acto dañoso no fue del Consejo: lo fue, por ejemplo, de un Consejero al que se habían delegado las facultades o que tenía poderes ejecutivos. Puede pensarse, también, en todos los hechos que demuestren la inexistencia del daño (no ha habido quebranto patrimonial) o la falta de causalidad (el daño se produjo: no por la orden de compra, atendiendo a las vicisitudes del mercado de tal clase de títulos, sino por la bajada generalizada de los títulos en todo el mundo sobrevenida por la crisis de una guerra o de cualquier otro evento).
- b) Todo hecho *extintivo* de la responsabilidad del demandado; podemos pensar, por ejemplo, en el caso de que, proviniendo el acto dañoso de un acuerdo del Consejo, el demandado no fuera realmente consejero en el momento de la adopción del acuerdo, o que él personalmente no intervino en la adopción del acuerdo, o que se opuso a la adopción, o que desconocía que el acuerdo se había tomado, o, en último término, que habiendo intervenido en la adopción del acuerdo, lo hizo haciendo todo lo conveniente para que el acuerdo no produjera daño a la socie-

dad, o, en otras palabras, que actuó en el caso concreto con la diligencia de un ordenado comerciante (el Consejero demandado, siguiendo el ejemplo propuesto anteriormente, sí había pedido, individualmente, informes, y éstos eran favorables a la dación del crédito al tercero).

Si observamos los términos en los que está concebida la Ley (art. 133 LSA), podemos afirmar que no basta al demandado para salvar su responsabilidad con alegar y probar una actitud pasiva (se abstuvo de votar con la mayoría, por ejemplo, o no asistió a la reunión del Consejo donde se aprobaron los acuerdos dañinos); la Ley quiere que la exclusión del derecho de la sociedad se produzca siempre que se pruebe una actitud claramente positiva tendente a mostrar la oposición al acuerdo dañino (votó en contra, explicó el daño que se podría causar, analizó la ilegalidad del acuerdo, etc.). Esta actitud positiva la exige la Ley hasta el punto de que el Administrador que no intervino en la sesión del Consejo donde se adoptó el acuerdo es responsable del mismo, a no ser que no supiera que el acuerdo se iba a adoptar en su ausencia, o que sabiéndolo hizo todo lo necesario para que no se adoptase en este sentido.

En definitiva, la Ley obliga al demandado a probar que fue diligente en todo caso para evitar el daño; en los ejemplos propuestos, no es diligente el Administrador que no se ocupa de averiguar que asuntos se van a tratar en el Consejo al que no va a acudir justificadamente; tampoco lo es quien no procura, a pesar de su ausencia, que el acuerdo no se tome (por ejemplo, mandando informes individuales a cada uno de los miembros del Consejo, etc.)

- c) Por fin, los hechos *excluyentes* (o *enervantes como los llama la LEC*); por ejemplo, la prescripción del art. 949 del Código de Comercio; el acuerdo de transacción tomado en Junta General en relación con lo que se dispone en el art. 134 LSA, o el de renuncia al ejercicio de la acción al que se refiere, y regula, igualmente el artículo citado.

III. EFICACIA PROBATORIA DE LOS ACUERDOS DE APROBACIÓN DE LA GESTIÓN SOCIAL, DE APROBACIÓN DE CUENTAS O DE RATIFICACIÓN O AUTORIZACIÓN DEL ACTO CAUSANTE DEL DAÑO, EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

3.1. Recordemos que el art. 134 LSA establece textualmente entre otras cosas que "*La aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción*

de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada." Por su parte, el art. 133.3 LSA dice expresamente que *"En ningún caso exonerará de responsabilidad (a los administradores) la circunstancia de que el acto o el acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General"*.

Las dos normas nos ponen ante una realidad bien concreta que, incluso, puede hacernos pensar que el legislador establece un plan normativo que contradice el principio general de la "eficacia de los propios actos", o, dicho de otra manera, de que "nadie puede ir contra los propios actos"; principio que se deriva, según una pacífica doctrina científica y jurisprudencial, de lo dispuesto en el art. 7.1 del CC que dice expresamente que *los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*.

3.2. Rectamente entendidas esas normas, la Ley nos dice en ellas (por ejemplo, en el art. 134.3 LSA) que la aprobación de las cuentas anuales no evita o impide ejercer la acción de responsabilidad por actos lesivos que conforman o que dan sentido a las cuentas. Si, por ejemplo, en el balance hay unas cuentas acreedoras, que presuponen la realización de negocios jurídicos ilegales o antiestatutarios y el balance es aprobado por la Junta, aún cuando sea por unanimidad de todos los accionistas, lo que la Ley nos está diciendo es que ello no impedirá tomar formalmente el acuerdo de ejercer la acción de responsabilidad si los actos que dieron lugar a las cuentas acreedoras son lesivos para la sociedad. En este caso, entendemos, igualmente, que la acción de responsabilidad debería ir acompañada por el ejercicio de la acción de impugnación del acuerdo aprobatorio de las cuentas, (si ello fuese posible por razones de tiempo) pues, en caso contrario, estaríamos ante un contrasentido jurídico.

Pero, la Ley (por ejemplo, en el art. 133.3 LSA) va aún más lejos, pues de ella cabe deducir que no impide el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores el hecho de que éstos se limiten a ejecutar un acto de la Junta que siendo lesivo, sea ilegal o contrario a los Estatutos; quizá porque en ese caso el Administrador no ha sido diligente o no ha actuado como un ordenado comerciante, oponiéndose a ejecutar actos ilegales, aunque provengan de la Junta, o actos que por el hecho de provenir de la Junta no deberían ejecutarse al atribuirse la Junta unas competencias orgánicas (la de gestión) que por Ley no le corresponden. No olvidemos que conforme a nuestra Ley (art. 117 LSA) los administradores tienen el *poder* (yo opino que también el *deber*) de impugnar judicialmente los acuerdos de la Junta contrarios a la Ley o a los Estatutos.

Tampoco se impide el ejercicio de la acción de responsabilidad en el caso de que la Junta haya autorizado o incluso ratificado el acto lesivo de los administradores, como claramente se desprende del citado art. 133.3 de la LSA.

Igual es el discurso si de lo que se trata es del acuerdo, tan normal en la vida societaria española, de aprobar la gestión social de los administradores ¿Se puede considerar éste como un caso de exoneración de la responsabilidad del administrador? Más adelante entraremos en el examen de este tema.

3.3. El choque del contenido de estas normas con el principio de los "actos propios" es en estos casos *brutal*; pues, tanto la aprobación de las cuentas, siendo consciente la Junta que responden a la existencia de determinados negocios jurídicos, como la ratificación o autorización de los negocios causantes del daño, o incluso la imposición del negocio desde la Junta, así como la aprobación de la gestión social, suponen la existencia de actos positivos que impliquen la complacencia directa o indirecta con el acto dañoso o causante del daño. No parece tener, pues, en esos casos mucha lógica la dicción legal.

La solución a esta contradicción formal que se deriva de la Ley debe buscarse teniendo claras las siguientes cuestiones:

Nuestra Ley quiere que el acto de exoneración de responsabilidad de los administradores sea un *acto formal* de la Junta. Al decir formal mantenemos que el acto debe responder al cumplimiento de unos requisitos previos. En tal sentido, el acto debe adoptar la forma de acuerdo tomado con los requisitos exigidos en la Ley de Sociedades Anónimas, debe haberse adoptado tras una discusión y votación en una reunión de la Junta General de Accionistas y debe haberse tomado teniendo la Junta toda la información necesaria para decidir si, siendo el acto de los administradores lesivo y perjudicial para la sociedad, ésta decide o exigir la responsabilidad al Administrador o Administradores o eximir de esa responsabilidad a esos Administradores; por tanto, dicho en otras palabras, la Junta debe acordar de forma directa, no la confirmación o la asunción del acto por la sociedad, sino si, a pesar de que se considera y se valora la lesividad del mismo, y, por tanto, la responsabilidad de los administradores, la sociedad renuncia a exigirla por las razones que considere oportunas. La Ley quiere (art. 134.2 LSA) que sólo quepa renunciar a la exigencia de la responsabilidad tras haber llegado positivamente al convencimiento, expresado formalmente en la Junta, de la responsabilidad existente.

Estas garantías formales tienen explicación y trascendencia dentro del campo material:

- *Explicación*, porque no cabe duda de que se puede mantener que la voluntad de la Junta no queda bien conformada, sino es con un debate y una información suficiente sobre las consecuencias del acto de los

administradores y las consecuencias de exigir o renunciar a la responsabilidad.

- *Trascendencia*, porque la Ley impide que se renuncie a la acción de responsabilidad contra los administradores cuando un 5% del capital se opone (art. 134.2 LSA). Este derecho de la minoría, o esta limitación al poder de la Junta, quedaría hurtado o hurtada si se permitiera la exoneración de responsabilidad por la vía indirecta de la aprobación de las cuentas sociales o del negocio en concreto que dio lugar a lesión patrimonial de la sociedad, o de la gestión social en general, amén del hecho de que la renuncia o la transacción conlleva el cese del administrador, voluntad legal que quedaría burlada si se le diera a aquellos acuerdos la eficacia de que estamos hablando (art. 134.2 II LSA).

Por tanto, bajo mi criterio, es indiferente que la Junta, apruebe los negocios de los que resultaron la lesividad con anterioridad a ser tomados, o que los ratifiquen posteriormente o que los impongan a los administradores, o que apruebe las cuentas o la gestión social, pues en todos los casos, además de no paliar la falta de diligencia de éstos y de no evitar que puedan ser calificados como *comerciantes no ordenados*, se trata de acuerdos de Junta que finalmente no trataron *formalmente*, previa discusión, el asunto concreto de ejercitar o renunciar a la acción de responsabilidad.

Desde un punto de vista no estrictamente societario, sin embargo, y a pesar de todo lo dicho, lo evidente es que la sociedad, a través de la Junta, ha llevado a cabo actos concretos que de forma indirecta significan una aceptación de las consecuencias dañosas que el acto o negocio de los administradores ha comportado. Nosotros podemos entender que la Ley exija un acto formal de la Junta, directo y positivo, para exonerar de responsabilidad a los administradores, pero no entendemos que aquellos actos de aprobación indirecta que provienen de la sociedad no tengan ninguna eficacia; efectivamente, la tienen.

3.4. En este punto, la solución a los problemas planteados pasa por la interpretación de los arts. 133 y 134 LSA dentro del conjunto del ordenamiento, por tanto *interpretación sistemática*; en la que se ha de tener en cuenta que en el ordenamiento jurídico español juega el principio ampliamente aceptado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de que nadie puede ir contra los actos propios. Por tanto, para llegar a una conclusión válida, creo que hay que diferenciar conceptualmente dos cosas que son distintas:

- 1) Una cosa es que la formación de la voluntad de la sociedad, en orden a la exigencia o renuncia a exigir la responsabilidad a los administradores,

tiene que provenir de un acto formal directo y positivo de la Junta General de Accionistas. Si para exigir judicialmente la responsabilidad de los administradores se requiere el acto formal de la Junta manifestado en un acuerdo concreto, por igual razón, pero al contrario, para renunciar o transigir a la reclamación judicial de responsabilidad de los administradores, se exige igualmente un acto formal expresado en forma de acuerdo tomado en Junta General; acuerdo que puede significar la terminación de un proceso ya en marcha o que puede evitar el proceso futuro. De aquí que mientras tanto no haya tomado la sociedad el acuerdo formal de no exigir judicialmente la responsabilidad a los administradores, puede la sociedad tomar el acuerdo de exigirla y éste será plenamente válido.

- 2) Cosa distinta a la anterior es que, tomando válidamente el acuerdo de exigir la responsabilidad a los administradores, y habiéndose aprobado previamente las cuentas, o la gestión, o autorizado el negocio concreto, o, en su caso, impuesto, la sociedad queda condicionada *en el proceso judicial* por la realización de unos actos que le vinculan y que tienen eficacia probatoria innegable.

3.5. Quizá convenga detenerse brevemente en el supuesto de la eficacia del acuerdo de aprobación de la gestión social y hacer de él el ejemplo paradigmático que sirva para los demás casos; supone, quizá, el ejemplo más claro de que la sociedad debe quedar ligada de alguna manera a sus propios actos.

Pues bien, despachar el problema de la eficacia que pueda tener esta declaración de voluntad de la Junta afirmando que se trata de una expresión que no tiene eficacia alguna, pues es reflejo de un convencionalismo instalado en la vida societaria española, que consiste en ser "educado" con el que se va, es, bajo nuestro criterio, una simplificación inadmisible que, además, no responde a la realidad jurídica. Mantener, en fin, que ese acuerdo no tiene eficacia probatoria alguna en el proceso de responsabilidad ex arts. 133 y 134 LSA es, bajo mi punto de vista, una frivolidad jurídica innegable.

Aprobar la gestión de un administrador es afirmar formalmente que se está de acuerdo con lo que ha hecho; aprobarla, además, como ocurre en muchísimas ocasiones en nuestra práctica, sin reservas de clase alguna, es añadirle un plus muy importante a la manifestación de voluntad, pues es tanto como quitarle cualquier ápice del convencionalismo al que antes hemos hecho referencia.

En definitiva, en este supuesto (también en los otros, que estuvimos citando), la sociedad formalmente manifiesta que está de acuerdo con lo que el ad-

ministrador ha hecho y que entiende que lo ha hecho bien para la sociedad. Entiéndase bien la importancia de la manifestación de voluntad, pues, entre otras cosas, a la sociedad le cabía no hacer ninguna manifestación, hacer la contraria, hacerla parcialmente o, por último, incluso no enfatizarla, como ocurre en tantas ocasiones en los que además, se agradecen los servicios prestados. En realidad, tanto aprueba en algunas ocasiones y se conforma la sociedad tipo española con la actuación de sus administradores que les *agradecen los servicios prestados*. No se agradece algo que no es entendido como positivo para la sociedad.

Nosotros creemos que esta manifestación de la sociedad debe tenerse y comprenderse, desde el punto de vista jurídico, como un negocio jurídico, como un acto jurídico con vocación de producir efectos jurídicos, como una declaración de voluntad dirigida a un tercero (el administrador) frente al que se quiere que produzcan efectos jurídicos; teniendo esa declaración de *voluntad* de la sociedad el contenido tan amplio y general como el que se materializa o se deduce de sus propios términos.

Esa declaración de voluntad tiene eficacia, al igual que cualquier otro *negocio jurídico*, si no confluyen en ella o en él causas o motivos que impidan su válido nacimiento o exteriorización. El error, el desconocimiento de la realidad, en definitiva, la falta de voluntad final (pues, por ejemplo, de haber conocido los hechos en profundidad, la sociedad no habría hecho tal manifestación de voluntad) invalidan el nacimiento o expresión del negocio jurídico haciéndolo ineficaz. De modo que será importante saber si la sociedad (consiguientemente, los socios) conocía, al momento del acuerdo de aprobación de la gestión, que el administrador había llevado a cabo, por ejemplo, operaciones jurídicas que eran ilegales o fraudulentas, en todo caso perjudiciales para la sociedad. En iguales términos nos podríamos manifestar si analizáramos los casos de aprobación de cuentas, o de ratificación o imposición del acuerdo dañoso.

3.6. Es evidente que efecto jurídico de esa declaración de voluntad no puede ser imposibilitar la adopción formal del acuerdo de exigir responsabilidad al administrador por su gestión social. Antes hemos dicho que nuestra Ley de Sociedades Anónimas es estrictamente formal en este caso. Por tanto, la Ley permite a la Junta, aún en esos supuestos, tomar el acuerdo de ejercitar la acción de responsabilidad, de transigir con el administrador o, incluso, tomar el acuerdo de renunciar al ejercicio de la acción de responsabilidad; lo que no está permitido, pues, es exonerar de responsabilidad al administrador por medio de actuaciones indirectas, como serían éstas que estamos analizando.

Sin embargo, tal como venimos diciendo, estos acuerdos tienen otra eficacia; esa eficacia, podríamos decir, se manifiesta en el proceso judicial donde se puedan ventilar las responsabilidades del administrador, pues el acuerdo pone al que lo tomó (es decir, a la sociedad) en la necesidad de alegar y probar que lo hizo por error, con engaño, en definitiva, con falta de voluntad final, sin haber previsto las consecuencias, el contenido y el significado del mismo. Porque, para que se declare la responsabilidad del administrador tendrá la sociedad que probar que no pudo conocer la existencia de los actos de los que aquella deriva.

Digamos que la carga de la alegación y prueba de la sociedad, dentro del proceso sobre responsabilidad del administrador, se ve incrementada y agravada por el hecho de haber tomado el acuerdo de aprobación de la gestión, el de aprobación de las cuentas o la autorización o ratificación del acto dañoso: además de probar la existencia del acto lesivo, de la relación de causalidad, del daño, de la ilegalidad o de la contradicción con los Estatutos, en el caso que estamos analizando, la sociedad tendrá que alegar y probar, además, que al tomar cualquiera de aquellos acuerdos no pudo conocer, por ejemplo, la existencia del acto causante del perjuicio, o el perjuicio mismo, al no haber sido informada por los administradores de la existencia del mismo o haberse ocultado maliosa o fraudulentamente la infracción; pues si no prueba esa nueva circunstancia es evidente que su manifestación de voluntad juega con toda eficacia, no pudiendo ir la sociedad contra sus propios actos.

Estos acuerdos de la sociedad la sitúan o ponen procesalmente en la necesidad de probar que los llevó a cabo con error o con cualquier vicio de los que en la Ley hace ineficaces las declaraciones de voluntad. La posición procesal es, pues, para la sociedad mucho más difícil, pues su carga probatoria queda aumentada con la demostración de hechos que envuelven un gran contenido anímico, en sí bastante difícil de probar, necesitando alegar y probar hechos de los que indirectamente se pueda deducir tal ánimo.

Bajo mi punto de vista, la sociedad tendría en esos casos una muy difícil carga de la prueba que asumir y cumplir; carga que le obligaría a aportar y a probar hechos y no *conjeturas, suposiciones o meras posibilidades*.

3.7. Lo importante de toda esta cuestión que estamos tratando es fijar dos campos de actuación:

- a) De una parte, la sociedad, en cuanto tiene que conformar su voluntad de exigir judicialmente la responsabilidad o renunciar a exigir judicial-

mente la responsabilidad de los administradores, debe cumplir escrupulosamente lo dispuesto formalmente en la LSA (arts. 133 y 134 de la LSA). Por eso no cabe interpretar que la aprobación de las cuentas sociales o la aprobación de la gestión social de los administradores es igual a no poder tomar el acuerdo de ejercitar las acciones contra los administradores. Aquellos acuerdos no impiden éste. No son formalmente contradictorios.

Dicho de otra manera, podríamos afirmar que los únicos actos societarios que impiden a la sociedad ejercitar la acción social de responsabilidad contra sus administradores es haber tomado previamente un acuerdo en Junta General de renuncia al ejercicio de la acción o de transacción, judicial o extrajudicial. Con ellos la sociedad está manifestando una voluntad decidida y clara de no exigir la responsabilidad a los administradores, y lo hace con las garantías y con los requisitos establecidos por la Ley, precisamente para esos actos o esos acuerdos.

- b) A otra conclusión diversa tenemos que llegar si lo que examinamos son otros tipos de acuerdos que puede tomar igualmente la Junta General y que, tal como hemos visto, pueden estar relacionados directa o indirectamente con el problema de la responsabilidad de los administradores. Para centrarnos en el acuerdo que hemos venido examinando, como ejemplo paradigmático de otros, el acuerdo de la aprobación de la gestión social, si bien no impide que la sociedad pueda ejercitar la acción de responsabilidad contra los administradores, o dicho de otra manera, no impide que se pueda tomar el acuerdo de ejercitar dicha acción, lo que sí puede impedir, y ello dependerá de las circunstancias, es la declaración del derecho al resarcimiento, centrando su eficacia y trascendencia en el agravamiento de la carga de la prueba y, en consecuencia, en las mayores dificultades que ello supondrá para el éxito en juicio de la sociedad, pues se pondrá a ésta en el brete de probar que hubo error o falta de voluntad final, en la adopción de ese acuerdo. La cuestión no es, pues, baladí y menos desde el campo procesal.